

JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL

Purificación, Catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020).

REF. Incidente de desacato. Acción de Tutela
Radicación: 73-585-40-89-001-2017-00092-00
INCIDENTANTE: María del Pilar Lozano Fandiño.
INCIDENTADA: Nueva EPS

Al despacho para decidir la vinculación de NUEVA EPS al cumplimiento en esta acción de tutela.

ANTECEDENTES

Mediante auto de fecha 2 de septiembre de 2020, este despacho, previamente a dar trámite al incidente de desacato presentado por la accionante, ordenó vincular a NUEVA **EPS**, para que ejerciera su derecho a la defensa e informara los motivos por los que no ha dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela de fecha 21 de septiembre de 2017 proferido contra Salud Vida EPS, entidad a la cual se encontraba afiliada la accionante con anterioridad a su afiliación a la Nueva EPS.

La Nueva EPS a través de apoderada judicial, mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2020, manifestó que:

“De **acuerdo a las funciones y responsabilidades dentro de la entidad**, para el caso que, de prestaciones de SALUD en el Departamento del Tolima, el encargado de cumplir la sentencia de tutela es el Gerente Zonal Tolima, doctor **Wilmar Rodolfo Lozano Parga** y su superior jerárquico, e la Gerente Regional Centro Oriente de Nueva EPS, doctora Katherine **Townsend Santamaría**”

De otra parte, solicitó a este despacho “**ABSTENERSE** de continuar con el presente incidente de desacato, toda vez que NUEVA EPS no se encuentra legitimado en la causa por pasivo, reiterando que la señora María del Pilar Lozano Fandiño se trasladó de EPS de manera voluntaria” y “**ARCHIVAR** las presentes diligencias.”

La NUEVA EPS fundamenta su petición en que “la parte actora **no fue cedida por la EPS SALUD VIDA**, por el contrario, la señora María del Pilar Lozano Fandiño, **se trasladó de manera voluntaria NUEVA EPS**”, por cuanto “verificado el sistema integral de la entidad, se evidencia que la afiliada se trasladó por SAT, sistema de afiliación transaccional. El SAT es una plataforma desarrollada por la Superintendencia Nacional de Salud, cumpliendo el mandato incluido en el marco de la reglamentación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). De esta manera se centralizan y mantienen en actualización permanente las novedades de los afiliados al sistema de salud, siendo los afiliados directamente los que incluyen en el sistema los cambios en la información de su grupo familiar ...” “

por lo anterior , es preciso indicar que de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional, las entidades Promotoras de Salud están obligadas a prestar los servicios y acoger los procesos constitucionales de tutela de los afiliados siempre y cuando los mismos hayan sido cedidos , en virtud del principio de continuidad del servicio de salud”.....” Es decir señor Juez, que cuando media la figura de la cesión , es decir, la EPS a la cual fueron cedidos los afiliados toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, por lo que se convierte en titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente para ese momento, sin que se produzca alteración, modificación o extinción, **situación que no se configura en el presente caso, toda vez que como se recalca la señora , MARIA DEL PILAR LOZANO FANDIÑO decidió trasladarse de manera voluntaria a NUEVA EPS**”

CONDISERACIONES

Sea lo primero advertir que no se ha iniciado un incidente de desacato en contra de **NUEVA EPS**. Según la providencia de fecha 2 de septiembre de 2020, proferida por esta Juez Constitucional, precisamente se ordenó su vinculación para exigir el cumplimiento de la tutela, en virtud a que la misma accionante había advertido el cambio de EPS, y que la ordenes originales emanadas del fallo de tutela estaban dirigidas a SALUD VIDA EPS.

En este caso, ejerciendo su derecho a la defensa, el argumento de la NUEVA EPS, está dirigido a que no se le puede exigir a ella el cumplimiento de la tutela, por cuanto el traslado de la afiliación de la accionante se dio por voluntad propia y no por cesión de Salud Vida EPS a la NUEVA EPS.

Es importante precisar que la Jurisprudencia Constitucional ha diferenciado plenamente el cumplimiento del desacato. Así, en sentencia T 287 de 2017, reiterando lo que ha sostenido, la Corte Constitucional expresó. “*el objetivo del desacato no es solo imponer una sanción, sino también el pleno restablecimiento del derecho fundamental que se encontró vulnerado. Esto significa que, su trámite afecta directa y definitivamente en la garantía del acceso a la administración de justicia de quien obtuvo un amparo tutelar*”

6.2 Esa última característica ha exigido diferenciar el trámite de cumplimiento de las sentencias de tutela frente al incidente de desacato. Sobre este punto, la jurisprudencia constitucional ha encontrado que, aunque se trata de dos mecanismos diferentes, pueden ser tramitados de forma simultánea o sucesiva para lograr que el demandado ejecute la orden de tutela, por el impulso procesal inherente al trámite de cumplimiento, o bien como resultado del examen de la responsabilidad subjetiva del renuente. En palabras de la Corte, tales mecanismos se distinguen por lo siguiente:

“i) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.

ii) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.

iii) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado decreto. Es decir que, en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.

iv) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque

v) puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público.

vi) El trámite del cumplimiento no es un prerequisite para el desacato, ni el trámite del desacato es la vía para el cumplimiento. Son dos cosas distintas el cumplimiento y el desacato. Puede ocurrir que a través del trámite de desacato se logre el cumplimiento, pero esto no significa que la tutela no cumplida sólo tiene como posibilidad el incidente de desacato.”

6.3 Así las cosas, el trámite de cumplimiento de una acción de tutela y el incidente de desacato son figuras jurídicas distintas, pero con un objetivo común, que es asegurar la efectiva salvaguarda del derecho fundamental protegido. Por ello, el juez constitucional puede adelantarlos de forma paralela, “y adoptar las medidas que considere necesarias para forzar la satisfacción de las órdenes de amparo, en ejercicio de las facultades que, con ese objeto, le concedió el Decreto 2591 de 1991”.

Por tratarse en este caso, de acciones encaminadas a obtener el cumplimiento de la tutela, no se están examinando la responsabilidad subjetiva, sino la responsabilidad objetiva. Es decir, se trata de establecer de qué manera y de manera objetiva, se logra el cumplimiento para que el derecho fundamental cuyo amparo se ordenó en el fallo de tutela, sea protegido y se cumplan las ordenes respectivas. No se trata de sancionar, sino de ejercer las amplias facultades otorgadas al Juez Constitucional para hacer cumplir el fallo de tutela, en donde se debe hacer prevalecer el derecho fundamental sobre cualquier otra consideración de tipo procedimental o económico.

Es innegable que la Nueva EPS no fue originalmente objeto de orden alguna, en virtud a que cuando se profirió el fallo de tutela la accionante se encontraba afiliada a otra EPS, y las ordenes se impartieron a la EPS SALUD VIDA.

Sin embargo, SALUD VIDA EPS fue objeto de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a través de la resolución 8896 del 1 de octubre de 2019 y en su artículo 4 se determinó: **“ORDÉNESE** al Liquidador de SALUDVIDA S.A. EPS adoptar las medidas pertinentes para la entrega inmediata a esta Superintendencia, de la base de datos que contengan la información de los afiliados de la EPS, para el procedimiento de traslado, conforme a las normas vigentes sobre la materia, en especial lo dispuesto en el Decreto 1424 del 6 de agosto de 2019 modificatorio del Decreto 780 de 2016 - Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con las condiciones para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del

servicio público de salud a los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud -EPS que sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar”.

En las consideraciones del decreto 1424 del 6 de agosto de 2019 “Por el cual se sustituye el Título 11 de la Parte 1 del Libro 2, se modifica el artículo 2.1 .7.11 y se deroga el parágrafo del artículo 2.5.2.2.1.5 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación con las condiciones para garantizar la continuidad de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud - EPS “, se dijo que: “de conformidad con el **principio de continuidad del derecho fundamental a la salud**, consagrado en el literal d) del artículo 6° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015: “**Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas**”. Que la precitada ley dispone en su artículo 5° que el Estado es responsable de respetar, proteger garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y para ello deberá, entre otras acciones, formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la **coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del sistema**. Que para garantizar la continuidad en el aseguramiento en salud de los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud que se retiren o liquiden voluntariamente, les sea revocada la autorización de funcionamiento o la certificación de habilitación o entren en proceso de liquidación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud - SNS, el marco normativo vigente establece un mecanismo excepcional y obligatorio de asignación y traslado de los afiliados de estas EPS, a otras que ostenten condiciones y capacidad para recibirlos atendiendo el régimen de aseguramiento autorizado.” (Resaltado fuera de texto)

Para el despacho resulta claro que, estas normas que regulan el traslado de afiliados entre EPS en estas condiciones, tienen como finalidad principal asegurar la continuidad del derecho fundamental de salud y que ese derecho no puede ser interrumpido por razones administrativas o económicas. Es decir, al ordenarse la intervención forzosa administrativa para liquidar a SALUD VIDA EPS, el estado tenía la obligación de garantizar esa continuidad del derecho fundamental.

La nueva EPS se opone a su vinculación y a cumplir el fallo de tutela alegando que el traslado de la accionante de SALUD VIDA EPS a LA NUEVA EPS se hizo de manera “**voluntaria**”, y que solo si han sido cedidos los afiliados, las EPS están obligadas a prestar los servicios y acoger los procesos constitucionales de tutela de esos afiliados; Sin embargo, esta afirmación la hace mencionando un “desarrollo Jurisprudencial “sin citar una decisión en concreto en que sustentar su afirmación y la única sentencia que cita contiene aspectos diferentes y sin relación fuerte con el tema que se controvierte.

Ahora bien, es cierto que la accionante MARIA DEL PILAR LOZANO FANDIÑO figura como afiliada por traslado aprobado SAT. Es decir, pareciera que ella de manera “voluntaria” se trasladó, situación aplicable al curso normal en el funcionamiento de una EPS, pero no a la excepcionalidad que se configura al momento de ordenarse por el Estado su intervención y su liquidación forzosa.

Extrañamente, la apoderada de NUEVA EPS en su escrito, guarda silencio respecto que la fecha de radicación de la solicitud de traslado de la accionante de SALUD VIDA EPS A NUEVA EPS , que figura en el pantallazo del sistema integral de esa entidad, aportado por la misma apoderada, es el **1 de diciembre de 2019** , con fecha genera carta : **19 de noviembre de 2019**, ambas fechas posteriores a la fecha en que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDVIDA S.A. EPS, es decir el **1 de octubre de 2019** cuando se expidió la resolución 8896 de 2019.

De lo anterior el despacho concluye de manera clara que, cuando se hizo el traslado de EPS por parte de la accionante, así aparezca de manera voluntaria, tanto SALUD VIDA EPS como la NUEVA EPS y todos los organismos encargados de ese tipo de traslado, conocían de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDVIDA S.A. EPS. Por consiguiente, este traslado se hizo cuando ya se estaban ejecutando lo ordenado por la Superintendencia Nacional de Salud, para trasladarse de la EPS intervenida y cuya liquidación se había ordenado, a una EPS que se encontrara operando en debida forma. No puede decirse, por lo tanto, que ese trasladó fue de manera voluntaria, pues es evidente que cualquiera fuera el procedimiento utilizado, ese traslado se hizo como consecuencia de las medidas tomadas por el estado respecto de la EPS a la cual se encontraba afiliada la accionante. No fue una decisión “voluntaria” y mucho menos caprichosa.

Pero, es más, la misma NUEVA EPS acompañó en su respuesta a este cumplimiento, una consulta (Pantallazo) a la página del Ministerio de Salud, en donde se puede consultar la EPS receptora cuando hay **cesión**, y afirma que no arroja resultados. Es decir, según lo afirma la misma nueva EPS, a la accionante no le fue asignada de manera obligatoria una EPS (Cesión) a la cual debía trasladarse como consecuencia de la toma de posesión y orden de liquidación de su EPS a la cual se encontraba afiliada.

Pero, es más, si la accionante no aparece como CEDIDA a otra EPS, ni siquiera estaba obligada a respetar el termino para escoger libremente la EPS, de conformidad con el decreto 1424 de 2019, en su Artículo 2.1.11.3 Procedimiento asignación de afiliados que establece “Transcurridos noventa (90) días calendario, los afiliados asignados podrán escoger libremente entre en municipio su residencia”

Por estas razones, para este despacho, cuando la NUEVA EPS aceptó la afiliación de la accionante quien venía de estar afiliada a una EPS cuya toma de posesión y

liquidación ya había sido ordenada con anterioridad, aceptó continuar con los servicios, tal y como lo establece el mismo decreto 1424 de 2019 en su artículo 2.1.11.10 “ Las EPS receptoras de afiliados a quienes las EPS de donde provienen les hubiesen autorizado servicios o tecnologías en salud que a la fecha de asignación no hayan sido garantizados, deberán prestarlos dentro de los 30 días calendario siguientes a la efectividad de la asignación, siempre y cuando no se ponga en riesgo la vida del paciente, caso en el cual deberá garantizar la oportuna atención. En el caso de servicios y tecnologías autorizados no financiados con cargo a la UPC, la EPS receptora garantizará la continuidad del tratamiento. Así mismo deberá continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales. En ningún caso se podrán requerir trámites adicionales al afiliado. A los pacientes con patologías de alto costo, madres gestantes y afiliados hospitalizados, la EPS deberá garantizar la oportunidad y la continuidad en la atención en salud de manera inmediata”

Si la NUEVA EPS no quería o no podía legalmente afiliar a la accionante, tenía que haber rechazado esas afiliaciones y a la accionante le correspondía cumplir el trámite de traslado de conformidad con la asignación que le hubiere hecho el sistema. Pero en este caso, la NUEVA EPS aceptó su afiliación, por traslado de una EPS en proceso de toma de posesión y orden de liquidación, adquiriendo por lo tanto la obligación de la continuidad de los servicios de salud.

En tal virtud, para esta Juez Constitucional no resulta válido, que la NUEVA EPS aceptara esa afiliación, con conocimiento de que la accionante provenía de la EPS intervenida, para ahora alegar que su traslado fue voluntario, con el objeto de evadir la continuidad del servicio. Ha dicho la Corte Constitucional que: ***“incumplir la orden dada por el juez constitucional en un fallo de tutela es una conducta de suma gravedad, porque (i) prolonga la vulneración o amenaza de un derecho fundamental tutelado y (ii) constituye un nuevo agravio frente a los derechos fundamentales a un debido proceso y de acceso a la justicia.”*** (Sentencia SU034/18)

Recordemos que el “incidente de desacato no es el punto final de una tutela incumplida. El desacato es un simple incidente que puede o no tramitarse. Lo que es obligatorio para el juez de primera instancia, en cuanto no pierde competencia para ello, es hacer cumplir la orden”.

Por estas razones el despacho, es obligación de esta Juez hacer uso de sus amplias facultades otorgadas para hacer cumplir los fallos de tutela. Además, no resulta constitucionalmente válido, que, por razones eminentemente administrativas, de requisitos y aspectos procedimentales, se pretenda someter a la accionante a trámites adicionales para proteger su derecho fundamental a la salud ya tutelado.

Sin embargo, también se ha considerado el derecho de defensa de NUEVA EPS, a quien no se le había vinculado, ni era la destinataria de la orden original , por lo

cual no era válido iniciar un incidente de desacato en donde deba debatirse la responsabilidad subjetiva, precisamente por tratarse de unas circunstancias en donde no existía claridad sobre la continuidad de la orden de tutela, una vez ordenada la suspensión de la actividad de la EPS SALUD VIDA. Se trata de reconducir el trámite, permitiéndole a NUEVA EPS, adelantar sus trámites y ajustar sus procedimientos administrativos, sin que ello puede implicar que se mantenga la violación al derecho fundamental tutelado. En definitiva, se trata de dejar en claro las obligaciones de NUEVA EPS al haber recibido la afiliación de la accionante quien provenía de una EPS sobre la cual se ordenó la toma de posesión y la liquidación. Pero debe quedar absolutamente claro, que, hacia el futuro, NUEVA EPS debe dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela y es la responsable de la continuidad en la prestación del servicio de salud de la accionante

En tal virtud, no se accederá a lo solicitado por NUEVA EPS , en el sentido de abstenerse de continuar con el presente trámite, y en su lugar se reiterará la orden de cumplimiento a lo ordenado en la acción de tutela de fecha 21 de septiembre de 2017, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental a la salud de la señora MARIA DEL PILAR LOZANO FANDIÑO y se ordenó en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo , autorizar el suministro de los medicamentos DORZALAMIDA7TIMIDOL (2%+05%) , solución oftálmica 20 + 5 Mg/ 6ML número 6 y CARBOXIMETILCELULOSA sódica solución oftálmica 05% /115 ML número 6, para el tratamiento total de la enfermedad

RESUELVE

PRIMERO: Tener como **VINCULADA** y **OBLIGADA** en esta acción de tutela a **NUEVA EPS**, empresa Promotora de salud identificada con NIT No 900.156.264-2, quien como EPS receptora de la afiliación de la accionante **MARIA DEL PILAR LOZANO FANDIÑO** identificada con CC No 28.893.222, proveniente de la **EPS SALUD VIDA EPS** cuya toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar fue ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante resolución 8896 del 1 de octubre de 2019 , tiene la obligación de garantizar la continuidad en el aseguramiento en salud , y como EPS receptora del afiliado debe garantizar la continuidad del tratamiento, continuar prestando los servicios y tecnologías ordenados por autoridades administrativas o judiciales, sin que en ningún caso pueda requerir trámites adicionales al afiliado, a tenor de lo establecido en el decreto 1424 de 2019.

SEGUNDO: **ORDENAR** a la **NUEVA EPS**, en el término de 48 siguientes a la notificación de esta providencia, dar cumplimiento al fallo de tutela de fecha 21 de septiembre de 2017, mediante el cual se tuteló el derecho fundamental a la salud de la señora **MARIA DEL PILAR LOZANO FANDIÑO** y se ordenó autorizar el

suministro de los medicamentos DORZALAMIDA 7TIMIDOL (2%+05%) , solución oftálmica 20 + 5 Mg/ 6ML número 6 y CARBOXIMETILCELULOSA sódica solución oftálmica 05% /115 ML número 6, para el tratamiento total de la enfermedad.

TERCERO: ADVERTIR a la **NUEVA EPS** que, de no dar cumplimiento a lo ordenado, se iniciara incidente de desacato a tenor de lo establecido en el decreto 2591 de 1991, para imponer las sanciones a que haya lugar.

CUARTO: RECONOCER como representante de **NUEVA EPS** para efectos del cumplimiento del fallo de tutela al doctor **WILMAR RODOLFO LOZANO PARGA** en calidad de gerente Zonal Tolima y como su superior jerárquico a la doctora **KATHERINE TOWNSEND SANTA MARIA**, en su condición de Gerente Regional Centro Oriente de NUEVA EPS.

Notifíquese,



GABRIELA ARAGON BARRETO

Juez